

VU Research Portal

Verweer tegen ontslag tijdens arbeidsongeschiktheid

Bouwens, W.H.A.C.M.

published in
SMA
2007

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Bouwens, W. H. A. C. M. (2007). Verweer tegen ontslag tijdens arbeidsongeschiktheid. *SMA*, 1, 3-6.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Verweer tegen ontslag tijdens arbeidsongeschiktheid

prof. mr. W.H.A.C.M. Bouwens¹

In het eerste deel van zijn advies over het sociaal-economisch beleid op de middellange termijn kondigt de SER aan eind 2006 een tweede deel te zullen uitbrengen, waarin het cluster scholing, ontslagrecht en Werkloosheidswet (WW) centraal zal staan. Wat de inhoud van dat advies wordt, is ten tijde van het schrijven van deze bijdrage onbekend. Gelet op de verkiezingsuitslag is de noodzaak om te komen tot een unaniem advies voor de vakbonden goeddeels verdwenen. In de nieuwe politieke verhoudingen maakt een verdeeld advies een versoepeling van het ontslagrecht op korte termijn onwaarschijnlijk. We zullen ons dus mogelijk nog geruime tijd moeten behelpen met een ontslagstelsel dat gekenmerkt wordt door een combinatie van 'oorlogsnoodrecht' en een 'noodluik' dat zich, althans voor de advocatuur, tot hoofdroute voor de beëindiging van arbeidsovereenkomsten heeft ontwikkeld. De noodzaak om tot een herziening van het *ontslagrecht* te komen lijkt inmiddels ook voor een deel weggenomen als gevolg van de wijziging van het begrip verwijtbare werkloosheid in de WW per 1 oktober 2006.² Deze wetswijziging heeft, naar mag worden aangenomen, een belangrijke, en ook door de wetgever beoogde, versoepeling van de *ontslagpraktijk* tot gevolg.

Ingevolge art. 24 lid 2 WW is thans bij een beëindiging op initiatief van de werkgever slechts dan sprake van verwijtbare werkloosheid indien aan de werkloosheid een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW ten grondslag ligt en de werknemer terzake een verwijt kan worden gemaakt. Onnodige actieve of passieve medewerking van de werknemer aan een beëindiging van de arbeidsovereenkomst door de werkgever vormt geen grond meer voor verwijtbaarheid van aldus ingetreden werkloosheid. Om elke twijfel daarover uit te sluiten, bepaalt art. 24 lid 6 WW expliciet dat het niet-voeren van verweer tegen of het instemmen met een beëindiging van de dienstbetrekking door of op verzoek van de werkgever geen verwijtbare werkloosheid of een maatregelwaardige benadeling van de werkloosheidsfondsen in de zin van art. 25 lid 5 WW oplevert. Deze bepaling is bovendien van overeenkomstige toepassing verklaard bij de beoordeling van de vraag of de werknemer werkloos is geworden doordat hij door eigen toedoen geen passende arbeid heeft behouden.

De versoepeling van de verwijtbaarheidstoets is op zodanige wijze vorm gegeven dat het voeren van verweer niet alleen achterwege mag blijven in de gevallen waarin beëindiging van de arbeidsovereenkomst vanuit bedrijfs-economisch oogpunt aangewezen of op andere gronden onafwendbaar is. De WW laat de werknemer thans volledig vrij in zijn keuze om zich wel of niet op zijn ontslagbescherming te beroepen, dat wil zeggen ook in al die gevallen waarin voor de beëindiging geen goede grond bestaat en/of verweer tegen het

¹ Dit artikel is als *Deze Maand* verschenen in Sociaal Maandblad Arbeid 2007/1, p. 3 tot en met 6.

² Wet wijziging WW-stelsel van 28 juni 2006, *Stb.* 303. Zie voor inwerkingtreding: Besluit van 28 juni 2006, *Stb.* 304.

ontslag zonder meer kansrijk te noemen is. Zo heeft de regering tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel herhaaldelijk aangegeven, dat de situatie waarin de werknemer nalaat bij een opzegging in strijd met een opzegverbod een beroep te doen op de vernietigingsgrond, niet leidt tot verwijtbare werkloosheid. We vinden dat ook nog eens expliciet terug in de beleidsregels van het UWV.³ Wanneer de werkgever bij een bedrijfseconomisch gemotiveerd ontslag niet de juiste ontslagvolgorde in acht neemt, hoeft de werknemer evenmin te protesteren. Hoewel de minister zich op de vlakte hield toen hem vanuit de Eerste Kamer terzake een vraag werd voorgelegd,⁴ laat de wet geen andere conclusie toe. Het gaat hier om een ontslag op initiatief van de werkgever,⁵ er is geen sprake van een dringende reden in de zin van art. 7:678 BW en verweer is ook overigens, gelet op art. 24 lid 6 WW, niet nodig.

Naast de wens om te komen tot een soepeler ontslagpraktijk – en daarmee een bijdrage te leveren aan de circulatie op de arbeidsmarkt en een goede arbeidsallocatie – vormde het terugdringen van de proforma-problematiek een van de belangrijkste redenen voor de wetswijziging.⁶ Of de advocatuur het ondubbelzinnig door de wetgever afgegeven signaal te stoppen met proforma-ontbindingsprocedures zal opvolgen, moet nog worden afgewacht. Ook indien partijen het eens zijn over de beëindiging en de voorwaarden waaronder die moet plaatsvinden, blijven er zekere voordelen verbonden aan een ommetje langs de sector kanton. Denk aan het inbouwen van zekerheden tegen aantasting van een beëindigingsovereenkomst door de werknemer met een beroep op een wilsgebrek, het verkrijgen van een executoriale titel en het uitschakelen van de Ragetlieregel van art. 7:667 lid 4 BW. Verder zal vooral in art. 16 lid 3 WW een grond gelegen kunnen zijn om toch nog een proforma-ontbindingsprocedure te voeren. In de slotzin van laatstgenoemd artikel wordt art. 7:672 lid 4 BW – de verkorting van de opzegtermijn van de werkgever met een maand indien eerst de BBA-procedure is gevolgd – van overeenkomstige toepassing verklaard op de berekening van de fictieve termijn in het kader van de WW indien de dienstbetrekking is geëindigd door rechterlijke ontbinding op verzoek van de werkgever. Voor werknemers met een dienstverband langer dan vijf jaren brengt deze bepaling – afwijkende CAO-bepalingen daargelaten – de facto mee dat hun WW-uitkering een maand eerder ingaat indien niet wordt gekozen voor een beëindigingsovereenkomst, maar voor (pro forma) rechterlijke ontbinding.

Verweer tegen een ontslaginitiatief van de werkgever kan onder het nieuwe recht niet in alle gevallen achterwege blijven. In de eerste plaats gaat art. 24 lid 6 WW uitsluitend over verweer tegen de beëindiging als zodanig. De werknemer kan dus wel een benadelingshandeling plegen – en op die grond geconfronteerd worden met een tijdelijke weigering van de uitkering – als door

³ Zie MvT TK 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 37. Zie ook Nadere MvA, EK 2005/06, 30370, E, p. 18 en UWV Beleidsregels toepassing artikelen 24 en 27 WW 2006, *Stcrt.* 2006, 190.

⁴ Zie MvA EK 2005/06, 29 738 en 30 370, C, p. 21.

⁵ Uit par. 2 van de beleidsregels van het UWV blijkt dat indien de dienstbetrekking eindigt als gevolg van bedrijfseconomische redenen, men er ‘in alle gevallen’ vanuit gaat dat dit gebeurt op initiatief van de werkgever.

⁶ Zie MvT TK 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 3.

zijn handelen of nalaten het intreden van de werkloosheid nodeloos wordt vervroegd. Daarvan is bijvoorbeeld sprake wanneer hij akkoord gaat met beëindiging van de arbeidsovereenkomst op een termijn die korter is dan de opzegtermijn zonder toekenning van een vergoeding die toereikend is om die termijn te overbruggen. Dit is één en andermaal tijdens de parlementaire behandeling naar voren gekomen en ook tot uitdrukking gebracht in de door het UWV terzake gepresenteerde beleidsregels.⁷

De tweede situatie waarin verweer moet worden gevoerd, betreft het ontslag tijdens ziekte. In de Ziektewet is sinds de WULBZ van 1996 een bepaling opgenomen die vergelijkbaar is met art. 24 lid 5 WW.⁸ Op grond van deze bepaling kan het UWV het ziekgeld geheel of gedeeltelijk weigeren indien de verzekerde door zijn doen of laten de werkloosheidsfondsen - waaruit ook de Ziektewet wordt gefinancierd - benadeelt of zou kunnen benadelen. Ziet de werknemer af van zijn loon of werkt hij actief of passief mee aan beëindiging van de dienstbetrekking op initiatief van de werkgever, dan zal dat als regel als een benadelingshandeling worden aangemerkt.

Reden voor introductie van de benadelingshandeling in de Ziektewet was de omvorming van deze wet tot vangnetvoorziening. Op grond van art. 29 lid 1 Ziektewet ligt het primaat van de inkomensvoorziening bij ziekte bij de werkgever; het ziekgeld wordt in beginsel niet uitbetaald zolang de werknemer aanspraak heeft op loondoorbetaling op grond van art. 7:629 BW. Indien de werkgever tracht zich aan zijn loondoorbetalingsplicht gedurende de eerste twee jaren van ziekte te onttrekken door aan te sturen op beëindiging van de arbeidsovereenkomst, mag van een werknemer worden verlangd dat hij een beroep doet op zijn ontslagbescherming en zich daadwerkelijk verweert tegen een ontbindingsverzoek.⁹

Het is niet de bedoeling van de wetgever dat de inmiddels gewijzigde opvattingen in de sfeer van de WW doorwerken naar de Ziektewet. Daarom werd per 1 oktober 2006 in art. 45 lid 7 van de Ziektewet uitdrukkelijk neergelegd dat het zonder deugdelijke grond achterwege laten van verweer tegen of instemmen met ontslag nog steeds een benadelingshandeling in de zin van de Ziektewet oplevert.¹⁰ Reagerend op vragen naar de achtergrond voor het onderscheid tussen Ziektewet en WW op het punt van verweer tegen ontslag schreef de verantwoordelijke bewindsman aan de Eerste Kamer:

‘Uit de Wet verbetering poortwachter vloeit voort dat een werkgever en werknemer in de eerste twee jaar van ziekte beide al het redelijkerwijs mogelijke moeten doen aan verzuimbegeleiding en reïntegratie. De zieke werknemer moet het werk waar mogelijk weer hervatten en niet afhankelijk worden van een uitkering. In lijn hiermee geldt de eerste twee jaar van ziekte een opzegverbod. In het algemeen biedt reïntegratie

⁷ MvT TK 2005/06, 30 370, nr. 3, p. 50; MvA EK 2005/06, 29 738 en 30 370, C, p. 21; UWV Beleidsregels toepassing artikelen 24 en 27 WW 2006, *Stcrt.* 2006, 190, p. 32. Ook als een vrijwillig-vertrekking voorzien in diverse bedragen die hoger zijn naarmate de dienstbetrekking eerder eindigt, verwacht ik dat geconcludeerd kan worden tot een benadelingshandeling indien de werknemer, zonder uitzicht op een andere baan, niet voor het laatst in aanmerking komende tijdstip kiest. Immers, in dat geval is sprake van een onnodige vervroeging van de ingangsdatum van de werkloosheid.

⁸ Art. 45 lid 1 onderdeel j ZW.

⁹ TK 1995/96, 24 439, nr. 3, p. 71-72.

¹⁰ TK 2005/06, 30 318, nr. 3, p. 66.

bij de eigen werkgever de beste mogelijkheden tot werkhervatting. Het is van belang dat dit beleid niet wordt doorkruist.(...) Voorkomen moet worden dat de reïntegratie-inspanningen van de werkgever en de werknemer en de ontslagbescherming bij ziekte worden uitgehold. Het nalaten verweer te voeren of het instemmen met ontslag door een zieke werknemer vergt derhalve een grondige toetsing, en, ingeval daarvoor geen deugdelijke grond bestaat, een sanctie. De voorgestelde regeling voorziet hierin en spreekt de werknemer aan om niet zonder meer in te stemmen met ontslag bij ziekte.'

Ook meewerken aan beëindiging van de dienstbetrekking in de periode dat het UWV de loondoorbetalingsplicht van de werkgever op grond van art. 25 lid 9 Wet WIA heeft verlengd, acht de wetgever niet wenselijk. Bedoeling van de 'loonsanctie' is immers de werkgever alsnog te bewegen te voldoen aan zijn reïntegratieverplichtingen. Indien de dienstbetrekking wordt beëindigd zonder verweer dan wel met goedvinden van de werknemer, worden naar het oordeel van de regering ten onrechte reïntegratiemogelijkheden prijsgegeven.¹¹

Om te voorkomen dat partijen bij de arbeidsovereenkomst, zonder problemen voor de uitkering, de loonsanctie ineffectief kunnen maken, is in art. 88 lid 1 onder d Wet WIA bepaald dat een WIA-uitkering geheel of gedeeltelijk, tijdelijk of blijvend wordt geweigerd indien de verzekerde tijdens de periode van de loonsanctie zonder deugdelijke gronden heeft nagelaten verweer te voeren tegen of heeft ingestemd met een beëindiging van de dienstbetrekking. Indien de werknemer na de wachttijd minder dan 35% arbeidsongeschikt is, zal hij echter geen beroep doen op de Wet WIA, maar op de WW. Om ook voor die situatie te voorkomen dat de met de loonsanctie bedoelde prikkel teniet wordt gedaan, is art. 24 WW per 1 januari 2007 opnieuw gewijzigd.¹² Ingevolge een nieuw lid 10 is het zonder deugdelijke gronden nalaten verweer te voeren tegen een ontslaginitiatief gedurende de periode van de loonsanctie van art. 25 lid 9 Wet WIA, in afwijking van art. 24 lid 6 en 7 WW, een maatregelwaardige benadelingshandeling.

Na de (eventueel verlengde) loondoorbetalingsperiode hoeft de arbeidsongeschikte werknemer zich niet meer te verweren tegen een beëindiging van het dienstverband op initiatief van de werkgever. Voor het geval de werknemer geen aanspraak maakt op WW, maar op een WGA-uitkering volgt dit uit het art. 30 lid 5 Wet WIA, dat per 1 oktober 2006 grotendeels in overeenstemming is gebracht met art. 24 lid 6 WW.

De verplichting van de zieke werknemer om gedurende de eerste 104 weken van zijn arbeidsongeschiktheid en de verlengde loondoorbetalingsperiode vast te houden aan zijn dienstverband, roept een aantal vragen op, zowel van praktische als van principiële aard.

In de eerste plaats is niet uitgesloten dat de diverse bepalingen zullen leiden tot instandhouding van een proforma-achtig ritueel, waarin de onderhandelingen tussen partijen bij de arbeidsovereenkomst ertoe leiden dat de arbeidsongeschikte werknemer zich formeel beter meldt en

¹¹ TK 2005/06, 30 318, nr. 3, p. 16-17.

¹² Zie art. III C van de Verzamelwet sociale verzekeringen 2007 (TK 2005/06, 30 682, nr. 2)

aansluitend op non-actief wordt gesteld in afwachting van de effectuering van zijn ontslag. Het zal voor het UWV niet eenvoudig zijn tegen deze praktijk op te treden, zeker indien ook niet-medische factoren (zoals een arbeidsconflict of disfunctioneren) aan de arbeidsongeschiktheid ten grondslag liggen.

Verder wijs ik erop dat dit ritueel zelfs niet hoeft te worden opgevoerd indien de werknemer in de eerste 104 weken van arbeidsongeschiktheid wordt ontslagen en aansluitend geen beroep doet op de Ziektewet, maar op de WW. Ik denk met name aan de werknemers die ongeschikt zijn voor hun eigen werk, maar hun functie nog wel kunnen uitvoeren bij andere werkgevers, bijvoorbeeld omdat hun arbeidsongeschiktheid voortvloeit uit de specifieke werkomstandigheden en/of de intermenselijke verhoudingen bij hun oude werkgever. De WW bevat geen instrumenten om deze werknemers aan te spreken op het achterwege laten van verweer. Is dat gerechtvaardigd gelet op de reïntegratieverplichtingen van de werkgever in het tweede spoor? Vreemd genoeg krijgt dezelfde werknemer wel problemen met zijn WW-uitkering wanneer na 104 weken een loonsanctie wordt opgelegd en de beëindiging plaatsvindt tijdens het verlengde loondoorbetalingstijdvak.

Ten slotte vraag ik me af of de argumenten van de regering om van zieke werknemers te verlangen dat zij gedurende de eerste twee jaren vasthouden aan hun dienstbetrekking, niet evenzeer gelden voor andere werknemers met een zwakke arbeidsmarktpositie.¹³ Waarom mag de bijzondere ontslagbescherming van deze werknemers – denk bijvoorbeeld aan arbeidsgehandicapten in art. 4:4 Ontslagbesluit - door partijen bij de arbeidsovereenkomst wel zonder problemen voor de WW worden genegeerd? Vaak is die ontslagbescherming mede tot stand gekomen met het oog op het publieke belang. Is het minder bezwaarlijk dat deze regels in de praktijk worden uitgehold? Is dan niet evenzeer sprake van afkeurenswaardig afwentelingsgedrag op de collectieve kassen?

Ook de werknemer van 62 jaar of ouder, die gelet op het afspiegelingsbeginsel niet voor ontslag in aanmerking komt, kan thans zonder bezwaren ingaan op een beëindigingsaanbod van zijn werkgever, althans vanuit een oogpunt van de WW is er niets dat zich tegen acceptatie verzet.¹⁴ In de regel is een WW-uitkering tot de 65^{ste} verjaardag gegarandeerd. Bekend is dat de kansen op uitstroom uit de WW voor deze groep werknemers nog steeds beduidend onder het gemiddelde liggen.¹⁵

¹³ Zie ook: I.P. Asscher-Vonk & W.H.A.C.M. Bouwens, *Sociale zekerheid voor het oog van de meester* (Noordam-bundel), Deventer 2006, p. 87 e.v.

¹⁴ Ik realiseer me dat wel bezwaren van fiscaalrechtelijke aard kunnen bestaan indien aan de beëindiging een ontslagvergoeding is verbonden. Wordt bij een (collectief) ontslag wegens reorganisatie de ontslagvolgorde niet in acht genomen, dan bestaat het risico dat de fiscus de regeling aanmerkt als een regeling voor vervroegde uittreding in de zin van art. 32aa Wet op de Loonbelasting 1964 en de werkgever confronteert met een eindheffing van 26% en vanaf 2011 zelfs 52%. Wordt een (niet-leeftijdgerelateerde) individuele ontslaggrond gehanteerd (bijv. disfunctioneren, verschil van inzicht of een onverenigbaarheid van karakters), dan lijkt dit risico echter minimaal. Zie Besluit Stscr. van Financiën van 8 december 2005, nr. DGB2005/6722M, V-N 2005/60.20 en J.W.P. van 't Hof, Art. 32aa Wet LB 1964: ontslagvergoedingen, non-activiteitsregelingen en de RVU, alles nu duidelijk?, *WFR* 2006/680.

¹⁵ Voor 55+-ers bedraagt die uitstroomkans in 2005 33% tegenover een gemiddelde van 57%: EK 2006/07, 30 370, I.

Vanaf 64 jaar is de werknemer bovendien op grond van art. 7 van de Regeling Vrijstelling Verplichtingen WW en Wet WIA vrijgesteld van de verplichting te solliciteren en van de verplichting passende arbeid te verkrijgen en te aanvaarden. Waarom werpt de wet geen drempels op tegen deze vorm van ‘vervroegde uittreding’ op kosten van de werkloosheidsfondsen?

Nu kan men mij tegenwerpen dat uitstroom naar de WW in deze gevallen ook vóór 1 oktober 2006 al voorkwam en dat daarvoor juist de proformaprocedures werden gebruikt. Dat is misschien feitelijk juist, maar de wet bevatte in ieder geval nog instrumenten om daartegen op te treden wanneer de werkelijke bedoelingen van partijen aan het licht kwamen. De preventieve werking die daarvan uitging, mag niet worden onderschat. Nú hoeft zelfs de onzekerheid over de WW-aanspraken partijen er niet van te weerhouden om op kosten van de gemeenschap de regels van het ontslagrecht aan haar laars te lappen. Goed doordacht lijkt het nieuwe systeem in ieder geval niet. Ik verwacht dan ook nieuwe restauratiewerkzaamheden zodra bij regering en parlement het besef doordringt hoe ver de deuren van de WW zijn opengezet.

Amsterdam, december 2006